

20 FEBBRAIO 2019

Identità nazionale e controlimiti:
l'inapplicabilità della 'regola *Taricco*'
nell'ordinamento italiano e il mancato
ricorso (per ora) all'art. 4, par. 2, TUE

di Giacomo Di Federico
Professore associato di Diritto dell'Unione europea
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Identità nazionale e controlimiti: l'inapplicabilità della 'regola *Taricco*' nell'ordinamento italiano e il mancato ricorso (per ora) all'art. 4, par. 2, TUE *

di Giacomo Di Federico

Professore associato di Diritto dell'Unione europea
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Considerazioni preliminari sul dovere di rispettare l'identità nazionale degli stati membri sancito dall'art. 4, par. 2, TUE. – 3. L'uso della clausola identitaria da parte della Corte costituzionale nell'ordinanza n. 24/2017. – 4. L'apertura della Corte di giustizia in *M.A.S. e M.B.* (nonostante le conclusioni dell'avvocato generale Bot): un difficile bilanciamento tra effettività del diritto dell'Unione e standard nazionale di protezione dei diritti fondamentali. – 5. La reazione della Corte costituzionale nella sentenza n. 115/2018 tra moniti e malintesi. – 6. Considerazioni conclusive sull'impiego dell'art. 4, par. 2, TUE nel dialogo tra corti.

1. Introduzione

Il contributo si propone di analizzare la vicenda *Taricco* e la reazione della nostra Corte Costituzionale alla oramai celebre sentenza resa dalla Corte di giustizia l'8 settembre 2015 (causa C-105/14), con particolare attenzione al rilievo riconosciuto (talora in modo espresso, talora solo implicitamente), nell'intera saga, all'art. 4, par. 2, TUE. Dopo alcune considerazioni preliminari su questa disposizione, anche alla luce della rilevante giurisprudenza, l'indagine si soffermerà, dapprima, sull'impiego di tale clausola identitaria da parte della Consulta nell'ordinanza n. 24/2017, e, successivamente, sulla scelta dei giudici di Lussemburgo nella causa *M.A.S. e M.B.* (C-42/17) di evitare il conflitto con il giudice delle leggi italiano senza operare un *revirement* della regola affermata nel proprio precedente e senza ricorrere all'art. 4, par. 2, TUE. Verranno poi presi in esame i passaggi rilevanti della sentenza n. 115/2018, con cui la Corte costituzionale ha *de facto* attivato i controlimiti per concludere con alcune riflessioni più generali sull'opportunità di sfruttare al meglio le potenzialità ireniche della clausola identitaria.

Come si avrà modo di vedere, pur mancando un espresso riferimento all'identità nazionale e/o costituzionale, gli argomenti utilizzati dalla Consulta per impedire l'ingresso della cosiddetta regola *Taricco* nell'ordinamento italiano ben avrebbero potuto venire in rilievo ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE. In questo senso la sentenza n. 115/2018 contribuisce (almeno in potenza) a definire, nella prospettiva della Corte di giustizia, i contorni dell'identità nazionale. Se valutata insieme all'altrettanto celebre *obiter dictum* della

* Articolo sottoposto a referaggio.

sentenza n. 269/2017, la pronuncia completa l'opera di 'cristallizzazione' del precedente *Granital*. In un contesto assai mutato rispetto a quello in cui si sono definiti e consolidati i rapporti tra ordinamenti, nazionale e sovranazionale (Cortese 2018, 164), la Corte costituzionale ha deciso di riaffermare con forza (ancorché in modo discutibile) le proprie prerogative, sia in relazione allo standard di tutela dei diritti fondamentali, sia rispetto ai principi supremi dell'ordinamento italiano.

Naturalmente, il diritto dell'Unione europea non ammette i controlimiti. Essi, nell'ottica della leale cooperazione, non possono che intervenire *ex post*, come *extema ratio*, e restano pertanto una opzione nucleare da evitare a tutti i costi [Rossi 2018a, 11]. L'art. 4, par. 2, TUE, dunque non può essere interpretato come una loro interiorizzazione da parte dell'ordinamento dell'Unione. La funzione della norma, di contro, è quella di evitare i conflitti inter-ordinamentali e agevolarne la soluzione senza rinunciare all'effettività del diritto dell'Unione, ma sempre nel rispetto della componente internazionalistica di quest'ultimo, che non può non trovare fondamento e legittimazione nelle costituzioni degli Stati membri¹.

Ciò detto, prima di addentrarci nella disamina delle vicende giudiziarie in oggetto, conviene svolgere alcune considerazioni di ordine generale in merito alla natura e alla portata della clausola identitaria di cui all'art. 4, par. 2, TUE, al suo impiego da parte della Corte di giustizia, così come all'opportunità di distinguere le situazioni coperte da tale previsione tanto da quelle riguardanti l'identità costituzionale degli Stati membri, quanto da quelle attinenti alla violazione del livello nazionale di tutela dei diritti fondamentali.

2. Considerazioni preliminari sul dovere di rispettare l'identità nazionale degli stati membri sancito dall'art. 4, par. 2, TUE

Secondo l'art. 4, par. 2, TUE: «L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della

¹ A tal riguardo non possono non richiamarsi le conclusioni dell'Avvocato generale nella causa *Wightman* (causa C-621/18), laddove egli afferma che il recesso dall'Unione, quale disciplinato dall'articolo 50, par. 1, TUE costituisce una manifestazione specifica del dovere di rispettare l'identità nazionale degli Stati. In particolare, secondo Campos Sánchez-Bordona «[C]osì come uno Stato membro può, in un dato momento, ritenere che la propria identità nazionale sia incompatibile con la permanenza nell'Unione, nulla osta a che il medesimo colleghi questa stessa identità (che non deve essere intesa come una nozione immutabile, cristallizzata) alla sua integrazione nell'Unione» (punto 131). Nella sentenza del 10 dicembre u.s., invece, la Corte non ha fatto riferimento all'art. 4, par. 2, TUE, preferendo richiamare il concetto di sovranità [Martinico 2018]. Sul rapporto tra sovranità, clausola identitaria e potere di recesso, v. Morrone [2018, 21].

sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro». Come argomentato in maniera più approfondita altrove, la norma deve considerarsi autonoma rispetto ad altre disposizioni di diritto dell'Unione che consentono di derogare alla piena effettività di tale diritto per motivi di interesse generale (Di Federico 2017). Inoltre, essa è pienamente giustiziabile dalla Corte di giustizia.

L'art. 4, par. 2, TUE è stato interpretato in dottrina come una clausola di salvaguardia che consente una relativizzazione del primato [von Bogdandy, S. Schill 2011, 1417, Konstadinides 2011, 195, e Claes 2013, 109], ma anche come un formale riconoscimento – una sorta di codificazione – della dottrina dei controlimiti, che sebbene in forme diverse permea la giurisprudenza costituzionale di molte corti costituzionali degli Stati membri². Non è certamente questa la sede per approfondire tali posizioni (e le numerose variazioni sul tema), ma conviene nondimeno insistere sulla circostanza che secondo le diverse teorie richiamate il dovere di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri sancito dalla norma consentirebbe di limitare l'effetto utile del diritto dell'Unione europea. Il dovere in parola si configurerebbe – nel migliore dei casi – come una ulteriore, generica, ipotesi di deroga prevista dai trattati, al pari di quelle relative all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza, alla salute pubblica, e via dicendo, ovvero – nel peggiore dei casi – come strumento che giustifica la non applicazione del diritto UE ritenuto incompatibile con siffatta identità da parte delle corti costituzionali (o supreme).

Ad avviso di chi scrive, invece, l'obbligo di tenere in debita considerazione talune specificità dell'ordinamento interno di uno Stato membro deve intendersi come espressione del principio di sussidiarietà, letto congiuntamente ai principi di leale collaborazione e di proporzionalità³. Le ragioni sono di ordine sistematico e operativo. Sotto il primo profilo, sia qui sufficiente richiamare l'attenzione, da un lato, sulla (non casuale) collocazione della clausola identitaria tra i principi costituzionali dell'Unione e, dall'altro lato, sulla consustanzialità nell'ordinamento dell'Unione del principio del primato e del rispetto per gli elementi strutturali degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, da cui esso trae legittimazione. Se così è, la logica della sussidiarietà pare quella più conforme alla natura compromissoria della norma anche da un punto di vista applicativo. Se ricondotto al paradigma valutativo regola-eccezione, infatti, il dovere rischia di essere indebitamente e sistematicamente sacrificato a vantaggio del primato [de Witte 2013, 1570]. Letto attraverso il prisma del principio di sussidiarietà, di contro, l'art. 4, par. 2, TUE richiede che – purché rispettose dei valori di cui all'art. 2 TUE – le scelte relative alla struttura fondamentale e alle funzioni essenziali dello Stato siano lasciate al livello nazionale: nessun bilanciamento

² Con particolare riguardo alla dottrina interna, v. Ruggeri [2006] e Cartabia [2014, 26].

³ Nello stesso senso sembrano orientarsi Lenaerts [1994, 875], Davies [2006, 83] e Schütze [2009, 525].

tra primato e deroghe; nessun condizionamento aprioristico, se non quello dettato dalla stessa clausola identitaria.

In forza di tale clausola – e per quel che qui più interessa – i giudici di Lussemburgo sono chiamati, a valutare se il legislatore dell’Unione abbia rispettato i limiti del suo potere discrezionale ovvero se una data interpretazione (e applicazione) del diritto primario e secondario pregiudica l’identità nazionale di un dato Stato membro. Diversamente da quanto avviene nel contesto normativo, dove per espressa volontà dell’art. 5, par. 3, TUE il principio di sussidiarietà è limitato all’esercizio delle competenze concorrenti (*rectius*, non esclusive), il dovere di rispettare l’identità nazionale degli Stati membri deve valere anche quando i giudici di Lussemburgo interpretano norme e atti che rientrano nell’ambito delle competenze esclusive dell’Unione⁴. Non si tratta di determinare se e fino a che punto una specificità nazionale può limitare il primato del diritto dell’Unione; si tratta, piuttosto, di verificare la concreta lesione che un determinato atto (nelle azioni di annullamento e nei rinvii pregiudiziali di validità), oppure una determinata interpretazione dei trattati o del diritto derivato (nei ricorsi per infrazione e nei rinvii pregiudiziali di interpretazione), causa all’identità nazionale di uno Stato membro e determinare se l’azione – ovvero sia la soluzione interpretativa che garantisce l’effettività – è basata sulla necessità di salvaguardare (non il primato ma) l’autonomia dell’ordinamento dell’Unione; più segnatamente, i valori su cui essa si fonda, la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia e il suo monopolio nel controllo di validità del diritto derivato.

La funzione propriamente irenica della norma, dipende, poi, da un adeguato ricorso ai principi di leale collaborazione e di proporzionalità, che intervengono per imporre, tanto alla Corte di giustizia, quanto ai giudici nazionali, la ricerca di soluzioni in grado di preservare il nucleo essenziale della sovranità statale senza pregiudicare le fondamenta dell’edificio europeo. Il rischio di una strumentalizzazione della norma da parte delle corti costituzionali (e supreme) è alto e può essere limitato dalla Corte di giustizia solo attraverso un utilizzo più rigoroso e coerente della norma. Sino ad oggi, parrebbe, i giudici di Lussemburgo hanno invece preferito richiamare l’art. 4, par. 2, TUE per rassicurare gli Stati sul fatto che le loro specificità erano state prese debitamente in conto.

Dalla giurisprudenza – limitata, ma non trascurabile – successiva all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona emerge che la disposizione è stata invocata nell’ambito di azioni di annullamento, ricorsi per infrazioni e procedimenti pregiudiziali per contestare la legittimità di un atto UE adottato in spregio

⁴ Il mancato rispetto dell’identità nazionale potrà (e dovrebbe) ovviamente essere segnalato già nel corso del processo legislativo, anche tramite il contributo dei parlamenti nazionali (v. Protocollo n. 2 sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità). Sull’opportunità di anticipare il momento in cui apprezzare la potenziale violazione del dovere di cui all’art. 4, par. 2, TUE, sia consentito un rinvio a Di Federico [2017, 188].

all'identità nazionale, per ammettere una deroga al primato, e persino per escludere una data situazione dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. La Corte di giustizia ha tuttavia escluso che l'art. 4, par. 2, TUE potesse essere interpretato come una norma che sottrae talune questioni all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Dalle sentenze che richiamano espressamente il dovere di osservare l'identità nazionale degli Stati membri, può evincersi che sono (in astratto) suscettibili di rientrare nella nozione in esame: la forma repubblicana dello Stato (sentenza 19 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn Wittgenstein*), il principio di imparzialità della pubblica amministrazione (ordinanza del 1 ottobre 2010, causa C-3/10, *Affatato*), il principio di indipendenza della magistratura (sentenza del 1 marzo 2012, causa C-393/10, *O'Brien*), la salvaguardia della lingua nazionale (sentenza del 12 maggio 2011, causa C-391/09, *Runevič-Vardyn e Wardyn*), la tutela della storia, della cultura e delle tradizioni di uno Stato membro (sentenza del 24 maggio 2011, causa C-51/08, *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*), la ripartizione delle competenze tra il livello federale o nazionale e quello statale o regionale (sentenza del 12 giugno 2014, causa C-156/13, *Digibet e Albers*) e persino le modalità di accesso alla professione legale (sentenza del 17 luglio 2014, cause riunite C-58/13 e 59/13, *Torres*), nonché, da ultimo, le scelte in materia di matrimonio omosessuale (sentenza del 5 giugno 2018, causa C-673/16, *Coman*).

Purtroppo, nella più parte dei casi rimangono oscure le motivazioni giuridiche che portano la Corte di giustizia a menzionare la norma, da sola o insieme con altre norme di diritto primario, su istanza di parte o *ex officio*, in relazione ad una pletora così ampia di prerogative e principi; e l'impiego giudiziario della clausola identitaria è quindi imprevedibile. L'uso incerto e a volte eminentemente cosmetico dell'art. 4, par. 2, TUE ha favorito un ricorso inappropriato e giuridicamente infondato alla clausola identitaria, finendo per ridurne le potenzialità e aggravare il conflitto inter-ordinamentale, come testimoniano, per l'appunto, i malintesi, gli equivoci e le tensioni generate dalla sentenza *Taricco* e dall'ordinanza n. 24/2017. A tal riguardo, due puntualizzazioni si rendono necessarie. In primo luogo, l'identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2, TUE va distinta dall'identità costituzionale dei singoli Stati membri – sicuramente parte integrante del lessico che sempre più contraddistingue il dialogo tra la Corte di giustizia e talune corti costituzionali degli Stati membri [Belov 2017, 88] – e riguarda principalmente casi in cui il diritto sovranazionale pregiudica la forma di governo, la ripartizione interna di competenze negli Stati membri e l'esercizio delle funzioni essenziali dello Stato, come il mantenimento della pubblica sicurezza, ma anche il buon andamento della giustizia. Certo, non possono escludersi sovrapposizioni, ma cambiano prospettive e competenze. Mentre l'interpretazione e l'applicazione dell'art. 4, par. 2, TUE spetta unicamente alla Corte di giustizia, la definizione del concetto di identità costituzionale rientra tra le prerogative delle corti costituzionali (e supreme), cosicché la sua 'autonomizzazione' finirebbe per attentare all'uniforme interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione [Martinico 2013, 243]. Si

tratterebbe, in altre parole, di concetti appartenenti a due universi distinti, ma in qualche modo paralleli [Konstadinides 2015, 130].

La clausola identitaria, inoltre, non può e non deve ricomprendere nel proprio ambito di applicazione la tutela dei diritti fondamentali. Come correttamente rilevato dallo stesso Avvocato Generale Bot nelle conclusioni relative alle cause *Melloni* e *M.A.S. e M.B.* non si deve confondere quanto rientra in una «concezione esigente della tutela di un diritto fondamentale con una lesione dell'identità nazionale di uno Stato membro» (punto 179). L'art. 4, par. 2, TUE riguarda gli elementi strutturali e le funzioni essenziali dello Stato e non è accompagnato da una previsione corrispondente a quella dell'art. 52, par. 1, della Carta, che ammette limitazioni ai diritti fondamentali. Vieppiù, la possibilità di invocare la difesa fondata sull'identità nazionale non dipende dalla presenza di una normativa di armonizzazione e cessa solo quando l'applicazione della regola o del principio di matrice identitaria rischia di pregiudicare le caratteristiche essenziali dell'Unione e, quindi – come già rilevato – la sua autonomia. Di converso, com'è ormai risaputo, in presenza di una armonizzazione della legislazione degli Stati membri ad opera del diritto dell'Unione, l'art. 53 della Carta non ammette l'affermazione (unilaterale) del più elevato livello di tutela offerto dall'ordinamento costituzionale interno (sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, punti 60 e 62 nonché, *a contrario*, in pari data, causa C-617/10, punti 29 e 36).

3. L'uso della clausola identitaria da parte della Corte costituzionale nell'ordinanza n. 24/2017

Sulla base di queste necessarie premesse è ora possibile addentrarsi nella vicenda processuale. Trovandosi dinanzi ad ipotesi ritenute coperte dalla regola *Taricco* – sotto il profilo quantitativo («numero considerevole») e qualitativo («di frodi gravi») – e dubitando della compatibilità della stessa con «i principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e con il rispetto dei diritti inalienabili della persona, espressi dagli artt. 3, 1, 24, 25, secondo comma, 27, terzo comma, e 101, secondo comma Cost., con particolare riguardo al principio di legalità in materia penale», la Corte d'appello di Milano e la Corte di Cassazione, Terza Sezione penale, hanno investito la Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona, nella misura in cui impone l'applicazione dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, come interpretato dalla sentenza *Taricco* della Corte di giustizia.

Nutrendo dubbi circa il significato da attribuire al precedente, la Consulta ha deciso – per la terza volta nella storia – di sottoporre alla Corte di giustizia tre quesiti pregiudiziali: i primi due attengono alla natura sostanziale della prescrizione nel nostro ordinamento e, dunque, alla sua riconducibilità al principio di legalità in materia penale di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. e al requisito della determinatezza; il terzo, invece, riguarda la permanenza in capo al giudice penale del dovere di applicare la regola *Taricco*

laddove la disapplicazione della normativa interna incompatibile con l'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE risulti «in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro».

L'ordinanza n. 24/2017 non sviluppa tutte le criticità segnalate dai giudici remittenti. Il ragionamento della Consulta ruota, piuttosto, intorno all'assioma secondo cui se è vero che il primato «è un dato acquisito» nella giurisprudenza relativa all'art. 11 Cost., è altrettanto certo che l'applicazione del diritto dell'Unione è condizionata al rispetto di tali principi supremi e diritti fondamentali, tra cui rientra anche il principio di legalità in materia penale «per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva» (punto 2).

La Corte costituzionale muove dal convincimento che il processo di integrazione europea si fonda sul rispetto delle diversità presenti nell'ordinamento dell'Unione e che i rapporti tra la dimensione nazionale e sovranazionale non possono che reggersi sul principio di leale collaborazione. La sentenza *Taricco* deve allora essere letta conformemente all'art. 4, par. 3, TUE e, dunque, non può presumersi che la Corte di giustizia abbia voluto imporre la rinuncia ai principi supremi dell'ordine costituzionale italiano (punto 3). Di tal guisa che i controversi paragrafi 53 e 55 della sentenza vanno (*rectius*, dovrebbero essere) interpretati nel senso di demandare al giudice nazionale la valutazione circa la compatibilità della regola *Taricco* con l'identità costituzionale dello Stato membro.

Per altro verso, la sentenza *Taricco* non si occupa affatto del profilo della determinatezza «che pure è riconducibile alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, al sistema CEDU e ai principi generali di diritto dell'Unione» (punto 9). Ebbene, sarebbe proprio il «largo consenso diffuso tra gli Stati membri su tale principio cardine della divisione dei poteri» ad imporre, in ossequio all'art. 52, par. 4, un'interpretazione dell'art. 49 della Carta compatibile con il principio di legalità, quale inteso dell'ordinamento dell'Unione. Sarebbe in altri termini lo stesso diritto dell'Unione europea ad esigere un'interpretazione dell'art. 325, parr. 1 e 2, TFUE conforme al principio di legalità quale inteso nell'ordinamento italiano.

Secondo la Corte costituzionale la prescrizione «non riguarda direttamente né le competenze dell'Unione, né norme dell'Unione, non sussiste alcuna esigenza di uniformità nell'ambito giuridico europeo» e «ciascuno Stato membro è perciò libero di attribuire alla prescrizione dei reati natura di istituto sostanziale o processuale, in conformità alla sua tradizione costituzionale», cosicché rimarrebbe possibile affermare in siffatta materia uno standard nazionale di tutela più elevato (punto 4). L'assenza di armonizzazione in materia di prescrizione consentirebbe, da un lato, di escludere l'applicabilità del precedente *Melloni*, e, dall'altro lato, di invocare la sentenza *Omega* in cui la Corte di giustizia ha riconosciuto che «le modalità con le quali ciascuno Stato membro tutela i diritti fondamentali della persona, anche quando questo

comporta una restrizione alle libertà attribuite dai Trattati, non devono necessariamente essere le stesse». La disapplicazione della regola *Taricco* non discenderebbe da una «interpretazione alternativa» del diritto della Carta, ma dalla particolare natura della prescrizione nell'ordinamento italiano, «circostanza, in sé estranea all'ambito materiale di applicazione» del diritto dell'Unione (punto 8).

Sorvolando sulle evidenti distrazioni (è sin troppo noto che la mera circostanza che si verta in un settore di competenza nazionale non può comportare la non osservanza del diritto dell'Unione) e contraddizioni (perché richiamare a sostegno *Omega* se la situazione esorbita dall'ambito di applicazione del diritto UE?) in cui cade la Consulta per convincere i giudici di Lussemburgo a rivedere la regola *Taricco*, preme in questa sede insistere sul rifiuto di «derubricare» il conflitto inter-ordinamentale [Guastaferrò 2018, 449] e sul ricorso alla «logica dell'argomentazione (...) classica» dei controlimiti [Viganò 2018, 5]. Il richiamo all'art. 4, par. 2, TUE ad opera della Consulta segnala che la questione riguarda aspetti ritenuti centrali per l'ordinamento interno e che la piena efficacia del diritto dell'Unione dipende dalla risposta ai quesiti pregiudiziali [Martinico 2015, 1343]; al contempo, mira a sondare la disponibilità della Corte di giustizia a riconoscere che – ora che è pienamente giustiziabile – la clausola identitaria altro non è che la codificazione dei controlimiti. Più precisamente, mentre la Corte di giustizia continuerebbe a definire il campo di applicazione del diritto dell'Unione, «la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale» dovrebbe essere rimessa alle autorità nazionali (punto 6).

Una simile lettura della clausola identitaria, naturalmente, non può essere accolta dalla Corte di giustizia poiché la riserva che introduce a favore della Corte costituzionale lede l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione. Ciò detto, non può non rilevarsi come l'art. 4, par. 2, TUE venga (ancora una volta) invocato come clausola generale di salvaguardia per giustificare una lettura *ad hoc* dell'art. 49 della Carta. Ebbene, anziché insistere sul livello di tutela dei diritti fondamentali, la Consulta avrebbe forse potuto rimarcare l'elemento per così dire strutturale della prescrizione, interpellando espressamente la Corte di giustizia sulla concreta operatività della clausola identitaria rispetto al principio di separazione dei poteri⁵.

Sebbene espressamente richiamata nell'ordinanza, la disposizione non viene menzionata nei quesiti pregiudiziali e, come noto, non appare nemmeno nella sentenza *M.A.S. e M.B.* L'omissione relega l'argomento basato sulla difesa dell'identità nazionale sullo sfondo, come se l'art. 4, par. 2, TUE potesse fungere da «sostanziale via libera per la valutazione – inevitabilmente autarchica – della presenza di una

⁵ Più precisamente, la Corte costituzionale afferma che il principio di determinatezza in ambito penale mira ad evitare, tra l'altro, l'arbitrio applicativo del giudice, «al quale non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale» senza violare il principio di separazione dei poteri (punto 5). Diversamente, specifica la Corte, «si potrebbe permettere al potere giudiziario di disfarsi, in linea potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato» (punto 9).

violazione dei principi costituzionali da parte di una norma del diritto dell'Unione» [Mastroianni 2018b, 14]⁶. Trattasi di un *passee-partout* assai importante poiché consentirebbe di affermare la preminenza dei principi fondamentali dell'ordinamento e (del livello di protezione) dei diritti inalienabili dell'individuo senza la necessità di operare alcun bilanciamento tra la difesa dell'identità costituzionale e l'obbligo di fedeltà comunitaria di cui all'art. 11 Cost. [Mastroianni 2018b, 5].

La scelta di non menzionare l'art. 4, par. 2, TUE nelle domande pregiudiziali potrebbe riflettere la volontà di abbassare i toni del conflitto, ma ciò non toglie che il terzo quesito miri a verificare se il «potere di ciascuno Stato membro di disapplicare, attraverso una decisione adottata dagli organi competenti secondo il proprio ordinamento, la norma dell'Unione che violi i principi supremi dell'ordinamento costituzionale» trovi fondamento nello stesso ordinamento dell'Unione, con un chiaro riferimento alla teoria dei controlimiti [Daniele 2017, 123]. A questo proposito, la Consulta puntualizza che «la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE)»⁷. E aggiunge che «[I]n caso contrario, i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri» (punto 6).

4. L'apertura della Corte di giustizia in *M.A.S. e M.B.* (nonostante le conclusioni dell'avvocato generale Bot): un difficile bilanciamento tra effettività del diritto dell'Unione e standard nazionale di protezione dei diritti fondamentali

Nelle conclusioni relative alla causa *M.A.S. e M.B.* presentate il 18 luglio 2017, l'Avvocato generale Bot ha invitato la Corte di giustizia a confermare *in toto* la regola *Taricco*. A suo avviso, la nozione di interruzione della prescrizione costituisce una nozione autonoma di diritto dell'Unione in base alla quale «ogni atto diretto al perseguimento del reato nonché ogni atto che ne costituisce la necessaria prosecuzione interrompe il termine di prescrizione; tale atto fa quindi decorrere un nuovo termine, identico al termine iniziale, mentre il termine di prescrizione già decorso viene cancellato» (punto 101). Questa lettura processuale dell'istituto sarebbe pienamente conforme all'art. 49 della Carta con la

⁶ Per altro verso, è verosimile che la Consulta abbia pretermesso l'art. 4, par. 2, TUE dai quesiti per evitare che la Corte di giustizia si cimentasse nell'interpretazione «ancora controversa» della clausola identitaria [Guastaferrò 2018, 447], finendo magari per smentire la posizione (espressa in scritti accademici da alcuni dei suoi membri) secondo cui la norma costituisce una codificazione dei controlimiti. Così facendo, però, la Consulta non aiuta la Corte di giustizia a fare chiarezza sulla nozione e portata della clausola identitaria (v. anche *infra*, paragrafo 6).

⁷ È, questo, invero, l'unico passaggio dell'ordinanza in cui viene fatto esplicito riferimento alla clausola identitaria.

conseguenza che la normativa italiana deve essere disapplicata (anche ai procedimenti in corso), a nulla rilevando né l'art. 53 della Carta, né l'art. 4, par. 2, TUE.

Quanto al primo, egli si limita a ribadire la regola affermata in *Melloni* insistendo però sulla circostanza che in mancanza di armonizzazione gli Stati godono sì di una maggiore discrezionalità, ma non sono sollevati dall'obbligo di assicurare «il primato e l'effettività del diritto dell'Unione» (punto 163). Orbene, nella fattispecie, l'applicazione del livello di tutela garantito dall'art. 25, paragrafo 2, Cost. è incompatibile con il diritto dell'Unione, mentre l'impunità risultante dall'applicazione del regime prescrizione italiano è suscettibile di ledere gli interessi finanziari dell'Unione.

Con particolare riguardo alla clausola identitaria, invece, Bot contesta l'impostazione secondo cui «l'attuazione di una sentenza della Corte di giustizia sarebbe sempre subordinata alla condizione della compatibilità di quest'ultima con l'ordinamento costituzionale dello Stato membro», la cui valutazione deve essere lasciata alle autorità nazionale e nella fattispecie alla Corte costituzionale. Lungi dal voler disconoscere il dovere di tenere in debita considerazione l'identità nazionale degli Stati membri (punto 173) o la piena giustiziabilità dell'art. 4, par. 2, TUE (punto 175), egli nega che nella circostanza sia configurabile una violazione della norma; soprattutto, l'Avvocato generale nega che il controllo di validità ed efficacia del diritto dell'Unione, secondo l'interpretazione datane dai giudici di Lussemburgo, possa essere condotto alla luce dello standard nazionale, a prescindere dal pericolo di menomare i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una Costituzione nazionale (punto 177).

L'occasione è propizia per ribadire quanto già affermato nelle sue conclusioni in *Melloni*, ovvero sia che «non si deve confondere quanto rientra in una concezione esigente della tutela di un diritto fondamentale con una lesione dell'identità nazionale o, più precisamente, dell'identità costituzionale di uno Stato membro» (punto 179). Operata questa opportuna precisazione, l'Avvocato generale si impegna in una ricostruzione valoriale dei fondamenti costituzionali dell'ordinamento italiano nel tentativo di dimostrare che la regola *Taricco* non viola l'art. 4, par. 2, TUE. La sua ricerca si basa sulla (erronea) premessa che l'identità costituzionale «fa certamente parte» dell'identità nazionale (punto 172), cosicché la valutazione circa la violazione della prima legittimerebbe – in assenza di precisazioni in merito da parte del giudice del rinvio – un'indagine autonoma sulla seconda. Quest'ultima troverebbe concreta espressione nei principi elencati agli articoli da 1 a 12 della Costituzione italiana ad esclusione, quindi, del principio di legalità (punto 181). Nemmeno la giurisprudenza della Consulta – che pure contribuisce a definire i principi nell'ordinamento costituzionale italiano – consente di concludere nel senso di una violazione della clausola identitaria poiché il ricorso ai controlimiti è ammesso solo in relazione al nucleo centrale di

un principio fondamentale, «con esclusione dei diversi istituti nei quali tale diritto può concretamente estrinsecarsi e atteggiarsi nel corso della storia e secondo le esigenze di quest’ultima» (punti 183 e 184). Nella tanto attesa sentenza *M.A.S. e M.B.*, resa il 5 dicembre 2017 a meno di 5 mesi dalle conclusioni *tranchantes* dell’Avvocato generale Bot, la Grande Sezione della Corte di giustizia ha confermato l’effetto diretto dell’art. 325, parr. 1 e 2, TFUE e ribadito l’obbligo di disapplicazione degli artt. 160, u.c., c.p. e 161 c.p. in capo al giudice nazionale. Essa non ha ritrattato (apertamente) la lettura data all’art. 49 della Carta nel precedente *Taricco*, non ha risolto il caso sulla scorta del precedente *Omega* – invocato dalla Corte costituzionale per giustificare una interpretazione più elastica e inclusiva del principio di legalità – e nemmeno ammesso una deroga fondata sull’art. 4, par. 2, TUE, che non viene nemmeno menzionato. La Corte di giustizia si sforza di interpretare la sentenza *Taricco* in conformità con le specificità dell’ordinamento italiano – che non le erano state rappresentate in precedenza (punto 28) – e precisa che il delicato compito di garantire che le norme sulla prescrizione rispettino le condizioni fissate al punto 58 della sentenza *Taricco* – ovvero sia non consentano l’impunità in un «numero considerevole di casi di frode grave» – «[s]petta in prima battuta, al legislatore nazionale», il quale può prolungare il termine di prescrizione «con applicazione immediata, anche con riferimento a fatti addebitati che non sono ancora prescritti» (punto 41) – e tutto ciò, secondo l’impostazione fatta propria già nella sentenza *Taricco*, senza violare l’art. 49 della Carta (punto 42). Così facendo, la Corte di giustizia dimostra di cogliere il punto centrale, ovvero sia la separazione dei poteri nel nostro ordinamento costituzionale, che – come sottolineato dalla Consulta nell’ordinanza n. 24/2017 – trova concreta espressione nel principio di determinatezza.

Tuttavia, la stessa Corte si affretta a precisare che – in base al noto principio della *preemption* – se fino all’adozione direttiva 2017/1371/UE (c.d. direttiva PIF) l’Italia rimaneva libera di prevedere che il regime prescrizionale facesse parte del diritto penale sostanziale e fosse soggetto al principio di legalità dei reati e delle pene, dopo il 5 luglio 2017 (data di entrata in vigore dell’atto) il legislatore è vincolato nelle proprie scelte (punti 44 e 45)⁸. Prima di tale data, dunque, deve ritenersi che «i requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività inerenti al principio di legalità dei reati e delle pene si applicano, nell’ordinamento giuridico italiano, anche al regime di prescrizione relativo ai reati in materia di IVA» (punto 58) e che i giudici nazionali possano continuare ad applicare gli artt. 160, u.c., e 161 c.p. nella misura in cui il rispetto della regola *Taricco* (e dunque la disapplicazione di questi ultimi) produrrebbe «una

⁸ Più segnatamente, il riferimento è a quello che Schütze definisce «*obstacle pre-emption*», che opererebbe ogni qualvolta «*national law somehow interferes with the proper functioning or impedes the objectives of the Community legislation*» [Schütze 2006, 1041]. Per una ricostruzione del concetto e delle funzioni della *pre-emption* nel diritto dell’Unione europea, v. *amplius* Klamert (2014, 115)

situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile, incertezza che contrasterebbe con il principio della determinatezza della legge applicabile» (punto 59). Gli stessi requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività – riletti alla luce dell'ordinanza n. 24/2017 – richiedono, poi, di limitare comunque l'efficacia temporale della regola *Taricco* ai fatti avvenuti dopo l'8 settembre 2015, perché essa determina «un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato» (punto 60); una scelta, quest'ultima, che la Corte di giustizia avrebbe potuto e dovuto fare già nella pronuncia dell'8 settembre 2015 [Amalfitano 2016].

Come correttamente rilevato, la Corte di giustizia riconosce le specificità dell'ordinamento italiano senza ritrattare apertamente l'interpretazione dell'art. 49 della Carta effettuata in *Taricco*, senza verificare le conseguenze negative sull'effettività del diritto dell'Unione e senza menzionare l'art. 53 della Carta [Mastroianni 2018a, 147]. Si potrebbe allora, forse, sostenere che trattasi di un'applicazione implicita, sottaciuta, dell'art. 4, par. 2, TUE. La scelta di lasciare ai giudici nazionali un margine di discrezionalità sufficiente a comporre il conflitto, invero, risponde alle medesime logiche di sussidiarietà evocate all'inizio di questo lavoro in relazione all'operatività della clausola identitaria poiché la formula *Solange* utilizzata al punto 62 della pronuncia in esame (i.e., obbligo di disapplicazione del regime interno di prescrizione «*a meno che*» che si violino i principi di determinatezza e irretroattività) ammette l'eccezione in ragione delle specificità strutturali interne senza rinunciare all'imperativo dell'effettività.

Purtuttavia, nonostante l'esplicito invito formulato dalla difesa di M.B. in udienza [Mazzacuva 2018 67], la Corte di giustizia non riconosce alcun ruolo all'art. 4, par. 2, TUE. Dopo aver conferito al giudice nazionale il potere applicare il regime prescrizionale vigente per evitare una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene (per difetto di determinatezza della regola *Taricco*), ovvero del principio dell'irretroattività delle sanzioni penali più severe (a causa della natura sostanziale della prescrizione nell'ordinamento italiano), infatti, essa ritiene superfluo rispondere al terzo quesito della Corte costituzionale. La Corte di giustizia ritiene, evidentemente, che lo scontro è stato evitato e non vi è pertanto motivo di sviluppare ulteriormente la questione sotto il profilo strettamente giuridico.

Indipendentemente dai limiti dell'ordinanza n. 24/2017 – che non chiede alla Corte di pronunciarsi sulla possibilità di includere il principio di separazione dei poteri (e non il principio di legalità) nella nozione di identità nazionale ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE e sulle conseguenze giuridiche del dovere ivi sancito – questo profilo avrebbe probabilmente richiesto maggiore attenzione. La Corte di giustizia – perlomeno ad avviso di scrive – ha perso una buona occasione per fare chiarezza non solo sulla portata della clausola, ma anche sulla possibile sovrapposibilità del concetto con quello di identità costituzionale, sulla distinzione tra rispetto dell'identità nazionale e protezione dei diritti fondamentali e, per l'effetto, sul valore dell'art. 4, par. 2, TUE nella difesa del pluralismo costituzionale.

5. La reazione della Corte costituzionale nella sentenza n. 115/2018 tra moniti e malintesi

Tornata dinanzi alla Corte costituzionale, la causa è stata risolta – com'è ormai noto – con una dichiarazione di infondatezza⁹. La pronuncia *M.A.S. e M.B.* aveva riconosciuto che la regola *Taricco* poteva non applicarsi per il passato, ma solo per il futuro, *rectius* per i reati commessi dopo la sentenza dell'8 settembre 2015 (punti 9-10). Nondimeno, la Consulta, anziché limitarsi ad una dichiarazione di inammissibilità (i reati oggetto di giudizio dinanzi ai giudici remittenti erano stati commessi prima di tale data), ha ritenuto doveroso compiere alcune precisazioni volte ad impedire ai giudici comuni di valutare l'operatività della regola *Taricco* quanto al profilo della determinatezza e, in buona sostanza, a ribadire quando preannunciato nell'ordinanza n. 24/2017¹⁰. Più precisamente, pur non attivando formalmente i controlimiti, e senza citare la sentenza *Granital*, essa riafferma la propria competenza esclusiva nel verificare se il diritto dell'Unione contrasti con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona.

Secondo la Corte costituzionale «il ruolo essenziale che riveste il giudice comune consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto» (punto 8). E aggiunge significativamente che: «[I]ndipendentemente dalla collocazione dei fatti, prima o dopo l'8 settembre 2015, il giudice comune non può applicare loro la “regola Taricco”, perché essa è in contrasto con il principio di determinatezza in materia penale, consacrato dall'art. 25, secondo comma, Cost (...). È persino intuitivo (...) che la persona, prendendo contezza dell'art. 325 TFUE, non potesse (e neppure possa oggi in base a quel solo testo) immaginare che da esso sarebbe stata estrapolata la regola che impone di disapplicare un particolare aspetto del regime legale della prescrizione, in presenza di condizioni del tutto peculiari. Se è vero che anche la più certa delle leggi ha bisogno di letture ed interpretazioni sistematiche, resta fermo che esse non possono surrogarsi integralmente alla *praevia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione» (punto 12).

Così, continua la Consulta, «[F]ermo restando che compete alla sola Corte di giustizia interpretare con uniformità il diritto dell'Unione, e specificare se esso abbia effetto diretto, è anche indiscutibile che, come

⁹ La scelta, invero, è stata oggetto di forti critiche in dottrina. V. per tutti, Ruggeri [2018b, 490], e la dottrina ivi citata.

¹⁰ È quanto meno discutibile che si sia in presenza di un evidente deficit di determinatezza. Del resto, si ricorderà che a poche settimane dalla *Taricco* la III Sezione penale della Corte di Cassazione, non ha esitato ad applicare la regola *Taricco* (sent. 2210/2015). Ma v. anche Cass. pen., sez. IV, sent. n. 7914/2016, sez. III, sent. n. 44584/2016 e sent. n. 31265/2017 nonché – dopo la pronuncia della Corte di giustizia in *M.A.S. e M.B.* e in merito alla possibilità di disapplicare la regola limitatamente ai reati commessi entro l'8 settembre 2015 – Cass. pen., sez. IV, n. 17401/2018. Inoltre, come sottolinea Caianiello (2018, 402): «Esistono [...] decisioni giudiziali, anche incidenti su aspetti non meno importanti da quello trattato, che si fondano su presupposti normativi altrettanto vaghi (e che mai sono stati messi in discussione dalla Corte costituzionale)».

ha riconosciuto la sentenza *M.A.S.*, un esito interpretativo non conforme al principio di determinatezza in campo penale non possa avere cittadinanza nel nostro ordinamento» (punto 12). La Corte di giustizia, come anticipato, avrebbe potuto e dovuto approfittare dell'occasione per chiarire (una volta e per tutte) che la clausola identitaria non è una codificazione dei controlimiti. Invece, *qui tacet non negare*; e i giudici costituzionali ritengono di essere in presenza di un evidente *deficit* di determinatezza tanto dell'art 325, parr. 1 e 2, TFUE, quanto della regola *Taricco*. Le ragioni che vengono addotte a sostegno di quest'ultima conclusione riguardano essenzialmente il ruolo del giudice, a cui non può essere attribuito il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge al quale è invece soggetto (art. 101, secondo comma, Cost.).

Segue un passaggio di chiara matrice accademica, poco enfaticizzato, ma degno di attenzione. Il principio di determinatezza – lo ha riconosciuto anche a Corte di giustizia nella sentenza *M.A.S. e M.B.* (punto 56) – postula, nei paesi di tradizione continentale e sicuramente nel nostro, che le scelte di politica criminale spettano al potere legislativo, mentre «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo» (punto 11). In nessun caso, dunque, può la regola *Taricco* soddisfare lo standard nazionale di tutela del principio di determinatezza in materia penale, sia per i profili riguardanti il par. 1, sia per gli aspetti connessi al par. 2, dell'art. 325 TFUE (punto 13).

Secondo la Consulta, l'inapplicabilità della regola *Taricco* non discende unicamente dalla Costituzione italiana, ma, proprio in virtù delle precisazioni compiute nella sentenza *M.A.S. e M.B.*, dallo stesso diritto dell'Unione, «sicché ha trovato conferma l'ipotesi tracciata da questa Corte con l'ordinanza n. 24 del 2017, ovvero che non vi sia alcuna ragione di contrasto» (punto 14). Qui, invero, il ragionamento della Consulta appare un poco involuto. Non si comprende come, in mancanza di opportuni riferimenti ai passaggi rilevanti, la sentenza dei giudici di Lussemburgo, e più in generale il diritto dell'Unione, potrebbe legittimare l'attivazione, *de facto*, dei controlimiti. È forse perché al punto 41 della sua pronuncia la Corte di giustizia individua nel legislatore l'organo primariamente competente¹¹?

Poco importa, il dato è tratto. Una volta chiarito il profilo della irretroattività, la Corte costituzionale e decide di andare oltre quanto (direttamente) desumibile dalla sentenza *M.A.S. e M.B.* Essa disconosce – nella sostanza – l'effetto diretto dell'art. 325 TFUE e individua nella riserva di legge un “controlimite, implicito, generalizzato e pro futuro” [Gallo 2018b, 892], tant'è che, come puntualizzato al punto 11 della

¹¹ Si badi, nell'affermare che il compito spetta in prima battuta al legislatore non disconosce affatto il ruolo primario, complementare e supplementare, imprescindibile, del giudice comune nel garantire l'effettività del diritto dell'Unione.

sentenza, «quand’anche la “regola Taricco” potesse assumere, grazie al progressivo affinamento della giurisprudenza europea e nazionale, un contorno meno sfocato, ciò non varrebbe a colmare l’eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale».

Il percorso logico-argomentativo utilizzato dalla Consulta solleva non pochi interrogativi – ripresi brevemente nelle conclusioni di questo scritto – in merito all’impatto della sentenza n. 115/2018 sul precedente *Granital* e, più in generale, sulle relazioni tra ordinamento nazionale e diritto dell’Unione. Il ragionamento della Corte costituzionale e la drastica soluzione cui essa perviene, però, non possono valutarsi unicamente in relazione alle specificità della vicenda *Taricco*. Ed invero non può tacersi la continuità logico-argomentativa tra la sentenza n. 115/2018 e l’*obiter dictum* della sentenza n. 269/2017, resa pochi giorni dopo la sentenza *M.A.S. e M.B.* Entrambe le decisioni del giudice delle leggi insistono sul controllo accentrato di costituzionalità, con conseguente monopolio nell’attivazione dei controlimiti, e sul ruolo centrale del giudice comune nel garantire il rispetto delle sue prerogative: da esso si pretende assoluta lealtà, se del caso anche trascurando gli obblighi che discendono dal diritto dell’Unione.

Senza doversi intrattenere sui motivi della precisazione effettuata al punto 5.2. della sentenza n. 269/2017 [Barbera 2018, Cosentino 2018], nonché sulle molteplici criticità che essa solleva nei rapporti tra i giudici ordinari, la Corte di giustizia e la Consulta [Schepisi 2018, 15], appare evidente il disagio di quest’ultima corte nell’assistere al progressivo depauperamento del proprio ruolo costituzionale derivante, per un verso, dal numero sempre crescente di norme UE dotate di efficacia diretta, ivi incluse (per attestazione giurisprudenziale) talune disposizioni della Carta e, per l’altro verso, dalla scelta di non essersi considerata giurisdizione ai sensi dell’art. 267 TFUE sino al 2008 (ordinanza n. 103) per i giudizi in via principale, e sino al 2013 (ordinanza n.207) per quelli incidentali¹².

6. Considerazioni conclusive sull’impiego dell’art. 4, par. 2, TUE nel dialogo tra corti

In questo scritto ci si è concentrati sulla dimensione identitaria del conflitto inter-ordinamentale generato dalla saga *Taricco* per rilevare che, nonostante sia stato invocato nell’ordinanza n. 24/2017, l’art. 4, par. 2, TUE non è mai entrato nel vivo del confronto tra la Corte di giustizia e la Corte costituzionale. Benché si possa certamente argomentare che l’apertura mostrata nella sentenza *M.A.S. e M.B.* è informata alla

¹² Il riferimento, implicito ma evidente, è alla nota dottrina del *constitutional displacement* elaborata da Komarek [2014, 525] in relazione alla protezione dei diritti fondamentali. La reazione della Consulta, allora, sembra tradire l’insostenibile leggerezza dell’essere una Corte costituzionale di un ordinamento dualista con un controllo accentrato di costituzionalità (art. 134 Cost.); una corte che, dopo *Costa c. Enel* (sent. 14/1964) e *Frontini* (sent. n. 183/73), ha accettato la dottrina *Simmenthal* – con tutti i suoi corollari – allorquando l’efficacia diretta del diritto comunitario era (più) limitata (di quanto sia oggi) (v. per tutti Gallo, [2018a]), non esisteva la Carta dei diritti fondamentali e l’incidenza di tale diritto sulla sfera penale (e i diritti fondamentali dell’individuo) era pressoché inesistente e che poi, si rammenti, ha impiegato mezzo secolo per cimentarsi con lo strumento pregiudiziale.

leale collaborazione e basata sull'art. 49 della Carta [Rossi 2018b, 157], la ricostruzione qui proposta dell'intero dialogo, monologo incrociato, assolo o duetto, suggerisce che è in ultima istanza la separazione dei poteri, quale intesa nell'ordinamento italiano (ma non solo), ad essere realmente in discussione [Cupelli 2016, 16].

La Corte di giustizia valuta la questione alla luce dei diritti fondamentali e ammette le specificità nazionali senza operare un *revirement* della regola *Taricco* e senza basarsi sul precedente *Omega*. Essa non risponde al terzo quesito sollevato dalla Consulta, che le avrebbe invece consentito di soffermarsi anche sul ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE, chiarendo – una volta per tutte – che la norma non può essere intesa come il lascia-passare che legittima il rifiuto unilaterale di dare piena e corretta applicazione al diritto dell'Unione alla luce delle specificità interne. Eppure, dall'analisi condotta parrebbe possibile sostenere che il confronto con la Consulta si sia svolto – nonostante tutto – secondo logiche simili a quelle che dovrebbero informare l'applicazione dell'art. 4, par. 2, TUE, conformemente a quanto suggerito in apertura.

Come si è detto, infatti, quando l'antinomia giuridica tra diritto interno e diritto UE riguarda aspetti legati alla forma e all'assetto costituzionale di uno Stato membro, i giudici di Lussemburgo – nell'ambito di un controllo che è, e rimane, *intra vires* – sono innanzitutto chiamati a valutare la possibile violazione dell'identità nazionale di uno Stato membro; operazione, questa, agevolata (ma non troppo) dall'ordinanza n. 24/2017. Si tratta poi di effettuare una sorta di bilanciamento invertito, che discende dall'evidente *favor nationis* espresso dall'art. 4, par. 2, TUE e informato alla sussidiarietà. In altri termini, la piena effettività dell'art. 325 TFUE, quale interpretato in *Taricco*, non può che ritrarsi dinanzi alla riserva di legge in ambito penale, espressione concreta del principio di separazione di poteri – un principio indubitabilmente coperto dalla clausola identitaria. Non vi è motivo, infatti, di far prevalere le logiche del primato quando la fattispecie non pregiudica l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione. Sarebbe in tal modo possibile spiegare, peraltro, l'anomala formulazione in *M.A.S. e M.B.* dell'obbligo di disapplicazione della normativa interna incompatibile, che permane in capo al giudice 'fintantoché' ciò non risulti in contrasto con i requisiti di determinatezza e irretroattività della legge penale, secondo le specificità dell'ordinamento italiano.

Letta congiuntamente all'ordinanza n. 24/2017 e all'*obiter dictum* della sentenza 269/2017, la sentenza n. 115/2018 cristallizza la formula *Granital* – con cui si è accettato un controllo diffuso di costituzionalità da parte dei giudici ordinari (*ex art. 11 Cost.*) in relazione a norme di diritto dell'Unione sufficientemente chiare, precise e incondizionate, ma pur sempre con 'il limite del controlimito' – e rivendica con forza il proprio monopolio ai sensi dell'art. 134 Cost.; un monopolio che, però, è destinato ad essere solo virtuale in assenza di una leale collaborazione da parte dei giudici ordinari. La pronuncia è dirompente non solo

perché per la prima volta la Consulta attiva (*de facto*) i controlimiti rispetto all'ordinamento UE (anziché rispetto al diritto internazionale generale, come già avvenuto nella sentenza n. 238/2014), ma anche perché l'inoperatività di qualsiasi regola sovranazionale incompatibile con la nostra concezione del principio della separazione dei poteri viene affermata in via preventiva e assoluta. Al contempo, la sentenza non chiarisce come il diritto dell'Unione giustificerebbe il rigetto della regola *Taricco* sotto il profilo della determinatezza – se non attraverso un silenzio sul punto e un richiamo alle prerogative del legislatore in materia penale da parte della Corte di giustizia – e nello sbarrare senza eccezioni l'ingresso della medesima regola nell'ordinamento italiano non prende in minima considerazione il dovere di fedeltà comunitaria richiamato invece nell'ordinanza n. 24/2017.

La clausola identitaria non è la codificazione dei controlimiti. Essa rappresenta uno strumento di composizione del conflitto inter-ordinamentale che viene in rilievo tutte le volte in cui l'efficacia del diritto UE, anche per eccesso di funzionalismo da parte della Corte di giustizia, si scontra con la struttura costituzionale e le funzioni essenziali dello Stato. Il compito di stabilire se quanto a livello interno costituisce una identità costituzionale (reale o percepita) integra effettivamente le ipotesi coperte dall'art. 4, par. 2, TUE (tra cui non rientrano i diritti fondamentali), però, spetta in via esclusiva alla Corte di giustizia.

Così, se deve ripudiarsi un uso puramente minatorio della clausola identitaria – come avvenuto in occasione del primo rinvio pregiudiziale del Tribunale federale tedesco nella causa *Gauweiler* [Faraguna, 2017b, 932] – perché contrario al dovere di leale collaborazione, deve invece approvarsi un richiamo costruttivo dell'art. 4, par. 2, TUE, volto ad istruire la Corte di giustizia circa i limiti interni al processo di integrazione europea. E in tal senso, la presa di posizione della Consulta può comunque risultare assai utile perché manda due importanti messaggi ai giudici di Lussemburgo: per un verso, fa sapere che nell'ordinamento italiano la riserva di legge in materia penale deve considerarsi espressione del principio di separazione dei poteri e parte integrante dell'identità costituzionale, accertamento prodromico all'attivazione dei controlimiti; per altro verso, invita la Corte di giustizia a valutare attentamente l'opportunità di riconoscere effetto diretto a norme (come l'art. 325 TFUE) che possono incidere sui principi fondamentali e sui diritti inalienabili della persona.

Il carattere eccezionale dell'art. 4, par. 2, TUE ne costituisce il valore aggiunto. Il suo impiego va dunque accompagnato da un utilizzo rigoroso, puntuale, sistematico e coerente dell'argomentazione giuridica riguardante casi in cui vengono invocati profili identitari. Ciò vale per la Corte di giustizia, ma anche per le corti interne, incluse quelle costituzionali. Distinguere nettamente le ipotesi coperte dall'identità costituzionale da quelle ricomprese nell'ambito di applicazione dell'art. 4, par. 2, TUE, nonché dalle situazioni riguardanti la protezione dei diritti fondamentali – in presenza o meno di armonizzazione – è

operazione indispensabile, funzionale alla corretta perimetrazione dell'ambito applicativo della clausola identitaria. Un uso saggio della proporzionalità e l'attribuzione della valutazione finale al giudice nazionale, poi, consentono di allentare le tensioni una volta che il conflitto è configurabile in concreto. Le incertezze e i compromessi espositivi sono forieri di malintesi, che non favoriscono la necessaria empatia costituzionale [Arroyo Jiménez 2018, 61]. Per essere proficuo, il confronto deve avvenire in un clima collaborativo incentrato sul rapporto diretto tra giudici nazionali, ordinari e costituzionali, e Corte di giustizia. Di qui l'irrinunciabilità dello strumento pregiudiziale (ribadito più di recente nella sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet*, punto 26), del potere di disapplicazione diretta da parte della normativa nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione (sentenza del 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC, YB, ZA*, punto 44 e, più di recente, sentenza 4 dicembre 2018, causa C-378/17, *The Minister for Justice and Equality e a.*), ma anche l'opportunità di evitare una strumentalizzazione della clausola identitaria [Faraguna 2017a, 1627], chiarendone natura, ambito di applicazione e ruolo nella soluzione dei conflitti inter-ordinamentali.

Bibliografia:

- Amalfitano, C. [2016], *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.
- Arroyo Jiménez, L. [2018], *Constitutional Empathy and Judicial Dialogue in the European Union*, in *European Public Law*, 57 ss.
- Barbera, A. [2018], *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 149 ss.
- Belov, M. [2017], *The Functions of Constitutional Identity Performed in the Context of Constitutionalization of the EU Order and Europeanization of the Legal Orders of EU Member State*, in *Perspectives on Federalism*, 72 ss.
- Caianiello, M. [2018], *Quel che resta del dialogo*, in Amalfitano, C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della saga Taricco*, Milano, Giuffrè, 392 ss.
- Cartabia, M. [2014], *Art. 4, par. 2, TUE*, in Tizzano, A. (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 26 ss.
- Claes, M. [2013], *National Constitutional Identity and European Integration*, in *National Constitutional Identity and European Integration* in Saiz Arnaiz, A., Alcoberro Llivina, C. (a cura di), Cambridge, Cambridge University Press 2013.
- Cortese, B. [2018], *L'ordinamento dell'Unione europea, tra autocostruzione, collaborazione e autonomia*, Torino, Giappichelli.
- Cosentino, A. [2018], *Il dialogo fra le Corti e le sorti (sembra non magnifiche, né progressive) dell'integrazione europea*, in *Questione giustizia*.
- Cupelli, C. [2016], *Il caso Taricco e il controlimito della riserva di legge in materia penale*, in *AIC*.
- Daniele, L. [2017], *La sentenza Taricco torna davanti alla Corte di giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, in Bernardi, A. e Cupelli, C. (a cura di) [2017], *Il caso Taricco ed il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*, Napoli, Jovene, 113 ss.
- Davies, G. [2006], *Subsidiarity: The Wrong Idea, In the Wrong Place, At the Wrong Time*, in *Common Market Law Review*, 83 ss.
- de Witte, F. [2013], *Sex, Drugs & EU Law: The Recognition of Moral and Ethical Diversity in EU Law*, in *Common Market Law Review*, 1570 ss.
- Di Federico, G. [2017], *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, Editoriale Scientifica

- Faraguna, P. [2017a], *Constitutional Identity in the EU— A Shield or a Sword?*, in *German Law Journal*, 1587 s.
- Faraguna, P. (2017b), *Da Karlsruhe un nuovo rinvio pregiudiziale contro la BCE: inutile o dannoso?*, in *Quaderni costituzionali*, 930 ss.
- Gallo, D. [2018a], *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, Giuffrè, 2018.
- Gallo, D. [2018b], *La Corte costituzionale chiude la “saga Taricco”: tra riserva di legge, opposizione de facto del controlimito e implicita negazione dell'effetto diretto*, in *European Papers*, 885 ss.
- Guastafarro, B. [2018], *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quaderni costituzionali*, 441 ss.
- Komárek, J. [2014], *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 525 ss.
- Klamert, M. [2014], *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 101 ss.
- Konstadinides, T. [2011], *Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order within the Framework of the National Constitutional Settlement*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 195 ss.
- Konstadinides, T. [2015], *Dealing with Parallel Universes: Antinomies of Sovereignty and the Protection of National Identity European Judicial Discourse*, in *Yearbook of European Law*, 144 ss.
- Lenaerts, K. [1994], *The Principle of Subsidiarity and the Environment in the European Union: Keeping the Balance of Federalism*, in *Fordham International Law Journal*, 875 ss.
- Lupo, E. [2018], *La sentenza M.A.S. della Corte di giustizia e i suoi effetti: continua la saga Taricco*, in *Quaderni costituzionali*, 225 ss.
- Martinico, G. [2015], *The “Polemical” Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law*, in *German Law Journal*, 1343 ss.
- Martinico, G. [2017], *Il potenziale sovversivo dell'identità nazionale alla luce dell'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, in Bernardi, A. e Cupelli, C. (a cura di) (2017), *Il caso Taricco ed il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*, Napoli, Jovene, 241 ss.
- Martinico [2018], *Scelte sovrane e doveri nella sentenza Wightman*, in *Diritti Comparati*.
- Mastroianni, R. [2018a], *Alla ricerca di nuovi equilibri nei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali: la sentenza Taricco-bis*, in Amalfitano, C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della saga Taricco*, Milano, Giuffrè, 135 ss.
- Mastroianni, R. [2018b], *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra carte e corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 14
- Mazzacuva, F. [2018], *Le deduzioni difensive di M.B. nel procedimento pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia*, in Amalfitano, C. (a cura di) [2018], *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della saga Taricco*, Milano, Giuffrè, 59 ss.
- Morrone, A. [2018], *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *Federalismi*.
- Rossi, L.S. [2018a], *Il “triangolo giurisdizionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *Federalismi*.
- Rossi, L.S. [2018b], *M.A.S. e M.B. e la torre di Babel alla fine le corti di comprendono pur parlando lingue diverse*, in Amalfitano, C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, Milano, Giuffrè, 153 ss.
- Ruggeri, A. [2006], *Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*
- Ruggeri, A. [2018], *Taricco, amaro finale di partita*, in *Consulta online*.
- Schepisi, C. [2018], *I futuri rapporti tra le Corti dopo la sentenza n. 269/2017 e il controllo erga omnes alla luce delle reazioni dei giudici comuni*, in *Federalismi*.
- Schütze, R. [2006], *Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption*, in *Common Market Law Review*, 1033 ss.
- Schütze, R. [2009], *Subsidiarity After Lisbon: Reinforcing the Safeguards of Federalism?*, in *Cambridge Law Journal*, 525 ss.
- Viganò, F. [2018], *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritto Penale Contemporaneo*.
- von Bogdandy, A., Schill, S. [2011], *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity Under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1417 ss.